

VU Research Portal

The Function of Public International Law

Vos, J.A.

2010

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Vos, J. A. (2010). *The Function of Public International Law*.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

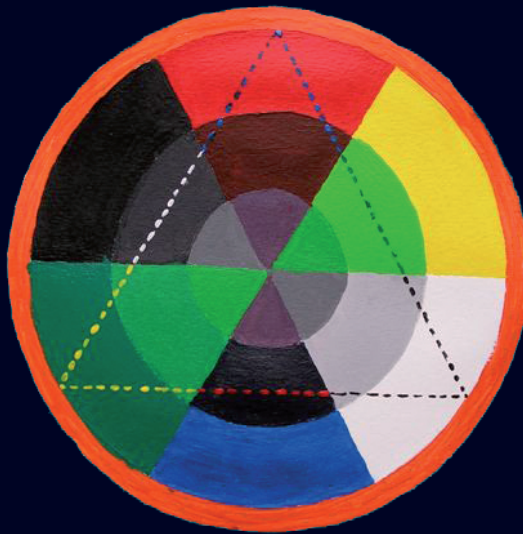
Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

The Function of Public International Law



J.A. Vos

VRIJE UNIVERSITEIT

The Function of Public International Law

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad Doctor aan
de Vrije Universiteit Amsterdam,
op gezag van de rector magnificus
prof.dr. L.M. Bouter,
in het openbaar te verdedigen
ten overstaan van de promotiecommissie
van de faculteit der Rechtsgeleerdheid
op maandag 6 december 2010 om 15.45 uur
in de aula van de universiteit,
De Boelelaan 1105

door

Jan Anne Vos

geboren te Groningen

promotor: prof.dr. W.G. Werner

SAMENVATTING

Het onderhavige proefschrift gaat over de functie van het internationaal publiekrecht. Onder 'functie' in brede zin wordt verstaan dat het internationaal publiekrecht samen dient te hangen met het gemeenschappelijk goed van de internationale gemeenschap. Onder 'functie' in enge zin wordt verstaan het effect dat regels van internationaal publiekrecht hebben op de leden van de internationale samenleving. Betoogd wordt dat de functie in enge zin niet bestaat in het enkel opleggen van verplichtingen of het toekennen van rechten, maar in een combinatie van beide. Daarmee verandert ook de functie in brede zin: terwijl in de traditionele benaderingswijze de verhouding tussen regels van internationaal publiekrecht en het gemeenschappelijk goed van de internationale gemeenschap als hiërarchisch wordt beschouwd, zouden, bij de hier voorgestane benaderingswijze, regels van internationaal publiekrecht worden gezien als het raamwerk waarbinnen en het raamwerk waardoor het gemeenschappelijk goed van de internationale samenleving wordt gevormd.

Deze thematiek is ingegeven door de patstelling waarin het concept van het internationaal publiekrecht met de opkomst van de zogenaamde kritische school verkeert. Volgens die kritische school is het concept van het internationaal publiekrecht aangetast door een interne tegenstelling, waardoor de daaraan ontleende argumentatie als het ware uit elkaar wordt getrokken. Enerzijds wordt van regels van internationaal publiekrecht verlangd dat zij de handelingsvrijheid van de Staten inperken; anderzijds moeten die regels ook een weerspiegeling van die handelingsvrijheid vormen, omdat zij anders als een ontoelaatbare inmenging in de internationale samenleving moeten worden beschouwd. Deze twee eisen kunnen echter niet met elkaar samengaan en sluiten elkaar uit. De conclusie die daaruit wordt getrokken is dat het internationaal publiekrecht geheel door de internationale politiek wordt bepaald en dat het internationaal publiekrecht in het geheel niet in staat is om die internationale politiek in te perken.

De door de kritische school voorgestane oplossing is dat problemen die zich in de internationale samenleving voordoen, moeten worden opgelost door middel van zogenaamde praktisch

redeneren. De vraag die zich dan echter onmiddellijk opwerpt, is of dat praktisch redeneren niet evenzo politiek is als het internationaal publiekrecht en de internationale politiek. Wat voegt, zo kan men zich afvragen, praktisch redeneren dan eigenlijk toe? Het probleem dat zich dan voordoet, is dat de door de kritische school geformuleerde kritiek leidt tot een onmogelijke keuze: of men blijft die kritische benadering aanhangen, maar moet dan accepteren dat er in de internationale samenleving alleen maar politiek en geen recht is; of men keert terug tot of blijft bij de traditionele benadering, maar blijft dan kwetsbaar voor de door de kritische school geformuleerde kritiek, die te doordringend is om blijvend te kunnen worden genegeerd.

Bij de hier voorgestane ‘derde’ weg, wordt gepoogd om de door de kritische school geïdentificeerde incoherentie vruchtbaar te maken. Daarbij wordt praktisch redeneren ook als uitgangspunt genomen. Onder praktisch redeneren wordt in dit verband verstaan de door Kratochwil geleverde omschrijving, volgens welke het bij praktisch redeneren gaat om zogenaamde ‘vertrekpunten’, die de perspectieven leveren die door de leden van de internationale samenleving belangrijk worden gevonden. Verder wordt het proces van praktisch redeneren gevormd door zogenaamde praktische oordelen, zoals bijvoorbeeld ‘meer is beter dan minder’, waardoor aan bepaalde uitkomsten waarde wordt gehecht. Het proces van praktisch redeneren wordt tevens bepaald door procedurele vereisten, die gericht zijn op een billijke deelname en billijke uitkomsten. Een cruciale veronderstelling bij dit vertrekpunt is dat dialogen tussen de leden van de internationale samenleving wel tot betekenisvolle, maar niet tot messcherpe resultaten kunnen komen.

Teneinde de patstelling tussen de traditionele benaderingswijze en de kritische school te doorbreken, richt het onderhavige proefschrift zich op het raamwerk waarbinnen die dialogen zich afspelen. Als gevolg daarvan komt men uit bij de functie van het internationaal publiekrecht. Allereerst keert het proefschrift zich tegen de traditionele zienswijze, volgens welke er een inherente tegenstelling bestaat tussen de horizontale structuur van het internationaal publiekrecht en de verticale structuur van het interne recht van de Staten. Betoogd wordt dat zich achter die veronderstelde horizontale structuur eigenlijk een verticale structuur van een rechtsconcept bevindt, dat ten grondslag ligt aan het concept van het internationaal publiekrecht. Die verticale structuur wordt vervolgens verdeeld in twee benaderingswijzen of raamwerken: het

raamwerk van de verplichting en het raamwerk van de vergunning. Bij het eerste raamwerk wordt ervan uitgegaan dat regels van internationaal publiekrecht de vrijheden van de Staten moeten beperken en diensgevolge verplichtingen bevatten. Bij het tweede raamwerk wordt ervan uitgegaan dat regels van internationaal publiekrecht bevoegdheden moeten toekennen aan Staten en diensgevolge rechten bevatten.

Betoogd wordt verder dat beide raamwerken incoherent zijn, omdat zij interne tegenstellingen bevatten, dan wel op veronderstellingen berusten die niet, in zekere mate, tot de leden van de internationale samenleving kunnen worden herleid. Tevens wordt betoogd dat daarmee ook de wederzijdse exclusiviteit, waardoor de verhouding tussen de beide raamwerken wordt gekenmerkt, wegvalt. Als gevolg daarvan kan een ‘geherformuleerd’ raamwerk worden beschreven, volgens welke regels van internationaal publiekrecht, ten opzichte van elk lid van de internationale samenleving, altijd tegelijkertijd een recht en een verplichting moeten bevatten. Die functie, in enge zin, van het internationaal publiekrecht correspondeert met de dilemma-situatie waarin de leden van de internationale samenleving zich ten opzichte van elkaar bevinden, die wordt erdoor wordt gekenmerkt dat zij een bevoegdheid, maar geen vrijheid hebben. Om uit die basissituatie te komen, moeten de leden van de internationale samenleving zich wenden tot het proces van praktisch redeneren, dat hen daartoe in staat stelt. De onzekerheid waardoor dat proces wordt gekenmerkt, vormt daarmee geen zwakte meer; integendeel, het proces van praktisch redeneren reikt de leden van de internationale samenleving elementen aan, waarmee zij de internationale samenleving kunnen constitueren. Daarmee krijgt het proces van praktisch redeneren ook een richtpunt; het dient gericht te zijn op het gemeenschappelijk goed van de internationale samenleving. Die dynamiek wordt geleid door de tegenstellingen, die door het samenvoegen van het raamwerk van de verplichting en het raamwerk van de vergunning in het geherformuleerde raamwerk zijn ingebracht. De leden van de internationale samenleving dienen als het ware altijd tussen extremen te laveren, teneinde aan de belangen van alle leden recht te doen. De daaruit resulterende oplossing is geen opgelegde oplossing, maar een oplossing die de dialogen van de leden van de internationale samenleving weerspiegelt.

De hoofdstukken van het proefschrift zijn erop gericht verschillende onderdelen van de bovenbeschreven redenering te belichten. In hoofdstuk I wordt beschreven hoe het raamwerk van

de verplichting en het raamwerk van de vergunning in de jurisprudentie van het Permanent Hof voor Internationale Justitie en het Internationaal Gerechtshof aan de orde zijn geweest, waarbij telkens de keuze op het raamwerk van de verplichting is gevallen. Aan de hand van de ‘Dissenting Opinion’ van Rechter Shahabuddeen in *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* wordt tevens beschreven hoe uit de tegenstelling tussen die raamwerken de contouren van het geherformuleerde raamwerk kunnen worden afgeleid. Hoofdstuk II is bedoeld om aan te tonen dat het rechtsconcept dat ten grondslag ligt aan het concept van internationaal publiekrecht een inherente verticale structuur heeft, die overeenkomt met het interne recht van de Staten en met algemene rechtstheorie. Beargumenteerd wordt dat de theorie van het sociaal contract, aan de hand waarvan een dergelijke verticale structuur zou kunnen worden verklaard, niet sluitend is. Daarmee ontvalt tevens de grond voor de toepassing van de zogenaamde ‘domestic analogy’, aan de hand waarvan concepten die hun ingang hebben gevonden in het interne recht van de Staten, worden getransponeerd naar het internationale vlak. Aan de door MacCormick en Finnis ontwikkelde rechtstheorieën worden elementen ontleend die, ondanks hun oorsprong in een ‘verticale’ rechtstheorie, kunnen worden getransponeerd naar het geherformuleerde raamwerk. In Hoofdstuk III worden zes theorieën van internationaal publiekrecht geanalyseerd vanuit de perspectieven van het raamwerk van de verplichting en het raamwerk van de vergunning. Betoogd wordt dat, gezien vanuit die perspectieven, die theorieën niet samenhangend zijn. Aan de andere kant wordt ook de samenhang tussen een aantal van die theorieën, met name die ontwikkeld door Kratochwil en Allott, en het geherformuleerde raamwerk beschreven.

In Deel 2 wordt ingegaan op de zogenaamde bronnen van het internationaal publiekrecht, algemene rechtsbeginselen, internationaal verdragsrecht en internationaal gewoonterecht. Ten aanzien van elk van die drie bronnen wordt betoogd dat zij, gezien vanuit de perspectieven van het raamwerk van de verplichting en het raamwerk van de vergunning, niet samenhangend zijn. Tevens wordt betoogd dat internationaal verdragsrecht en internationaal gewoonterecht in het geherformuleerde raamwerk kunnen worden ingepast, terwijl de analyse van algemene rechtsbeginselen zodanig tot het geherformuleerde raamwerk leidt dat de vraag kan worden gesteld of het zinvol is om in dat raamwerk algemene rechtsbeginselen te onderscheiden. Getransponeerd naar het geherformuleerde raamwerk wordt het internationale verdragsrecht niet langer beschouwd als bestaande uit verplichtingen, maar als een verschijningsvorm van het

gemeenschappelijk goed van de internationale samenleving, waarbij elke rechtsregel van internationaal verdragsrecht ten aanzien van elk lid van de internationale samenleving zowel een recht als een verplichting dient te bevatten. Getransponeerd naar het geherformuleerde raamwerk wordt internationaal gewoonterecht niet langer gezien als een transitie van de Statenpraktijk naar *opinio juris*, maar als het vormgeven aan het gemeenschappelijk goed van de internationale samenleving door middel van een in dialogen gevormde praktijk die reeds van aanvang af een normatief element in zich bergt.

Deel 3 is ingedeeld aan de hand van het onderscheid tussen de zogenaamde georganiseerde internationale samenleving en de ongeorganiseerde internationale samenleving. In Hoofdstuk VII, dat betrekking heeft op internationale instellingen, wordt betoogd dat, evenmin als in de interne sfeer van de Staten, de Staten en hun interne recht kunnen worden gefundeerd op een sociaal contract, de verhouding tussen Staten en internationale instellingen niet kan worden gezien als een overdracht van bevoegdheden, omdat organen van internationale instellingen zich die bevoegdheden als het ware niet kunnen toe-eigenen. Aan de andere kant kunnen de oprichtende Staten zich ook niet aan het daardoor gevormde kader onttrekken, omdat zij zich dan zouden beroepen op een handelingsvrijheid die zij, in het geherformuleerde raamwerk niet hebben. Hoofdstuk VIII gaat in op twee concepten die geënt zijn op het begrip van de internationale gemeenschap – *jus cogens* en *erga omnes*-verplichtingen. Betoogd wordt dat die begrippen incoherent zijn wanneer zij worden geanalyseerd vanuit de perspectieven van het raamwerk van de verplichting en het raamwerk van de vergunning. Met name bij *erga omnes*-verplichtingen leidt dit tot complexiteit, omdat daarbij verplichtingen worden opgelegd en rechten worden toegekend aan alle leden van de internationale samenleving. Tegelijkertijd wordt echter de wederzijdse exclusiviteit van beide raamwerken niet doorbroken. Waar een overeenkomst bestaat in die zin dat in het geherformuleerde raamwerk rechten en verplichtingen ook samen moeten gaan, bestaat het verschil dat *erga omnes*-verplichtingen voor die wederzijdse exclusiviteit blijven steken.

In hun geheel samengenomen zijn de hoofdstukken erop gericht het concept van het internationaal publiekrecht en de internationale politiek samen te laten vloeien door middel van een transformatie van de functie van internationaal publiekrecht. Daardoor zouden internationaal

publiekrecht en internationale politiek als twee aspecten van het constitueren van de internationale samenleving door de leden van de internationale samenleving kunnen worden beschouwd, waarbij het internationaal publiekrecht gericht is op de coherentie van het gemeenschappelijk goed van de internationale samenleving en internationale politiek op de vorming daarvan. Maar uiteindelijk is er geen sprake meer van twee verschillende ‘velden’; internationaal publiekrecht en internationale politiek zijn in het geherformuleerde raamwerk twee zijden van dezelfde medaille.